Der Dienstverschaffungsvertrag

Inaugural-Dissertation

zur Erlangung der Doktorwürde

der Juristenfakultät der Universität zu Rostock

vorgelegt von

Hans Ernst Schroeder

Großh. Meckl. Referendar

Druck von Robert Noske, Borna-Leipzig

Großbetrieb für Dissertationsdruck

1914

Referent: Professor Dr. Wüstendörfer.

Inhaltsverzeichnis.

Literaturverzeichnis.

Boyens in der Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht Bd. 58 S. 332.
v. Blociszewski, Vermengung von Vertragstypen. 1907.
Brodmann in der Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht Bd. 77 S. 1.
Cosack, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts. 1908.
Crome, System des deutschen bürgerlichen Rechts. 1902.
Dallberger in der Juristischen Wochenschrift 1911 S. 140.
Endemann, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts. 1903.
Enneccerus, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts. 1904.
Hoeniger, Studien zum Problem der gemischten Verträge. 1906.
Kuhlenbeck, Von den Pandekten zum Bürgerlichen Gesetzbuch. Bd. 2. 1899.
Lotmar, Der Arbeitsvertrag. 1908 (1902).
v. Meerscheidt in der Deutschen Juristenzeitung 1910 S. 854.
Mittelstein, Die Miete. 1913.
Müller, Gemischte Schenkung. In Jherings Jahrbüchern Bd. 48 S. 209.
Oertmann, Verträge auf Handlungen dritter Personen. 1913. (Festschrift für Zitelmann.)
Pfleghart, Elektrizität als Rechtsobjekt. Im Archiv für bürgerliches Recht Bd. 24 S. 317.
Schaps, Das deutsche Seerecht. 1906.
Schollmeyer, Recht der einzelnen Schuldverhältnisse. 1897.
Schroeder, Vorträge über bürgerliches Recht. 1909.
Sohm, Institutionen des römischen Rechts. 1894.
Windscheid, Lehrbuch des Pandektenrechts. 1891.
Wüstendörfer, Studien zur modernen Entwickelung des Seefrachtvertrages. 1905 bis 1909. (Mit dem Namen des Verfassers zitiert.)
Wüstendörfer in der Hanseatischen Gerichtszeitung v. 14. 5. 1908 Beibl.
Wüstendörfer, Die deutsche Rechtsprechung am Wendepunkt. Im Archiv für die zivilistische Praxis 1913 S. 219.

Außerdem die Kommentare von Oertmann, Planck, Staudinger in den neuesten Auflagen und die Entscheidungssammlungen des Reichsgerichts und der Oberlandesgerichte, auch Seufferts Archiv für das bürgerliche Recht.

A. Der Dienstverschaffungsvertrag im allgemeinen.

§ 1.

I. Der wirtschaftliche Tatbestand.

Ein Reeder stellt einem anderen einen Schleppdampfer mit Mannschaft zwecks Ausführung von Transporten gegen Entgelt zur Verfügung.

Für meine Ferienreise „miete" ich von einem Autoinstitut ein Auto mit Chauffeur. Ein Arzt „mietet" aus einem Fuhrgeschäft für seine täglichen Besuche Pferd und Wagen mit Kutscher, die Reichspostverwaltung von der Zeppelin-Gesellschaft ein Luftschiff mit Führern.

Statt meines erkrankten Dieners nehme ich einen Radler eines Eilboteninstituts für meine täglichen Besorgungen, aus einem Schreibmaschinenbüro eine Maschine mit Schreibdame, aus einer Maschinenfabrik eine Dreschmaschine mit Bedienung, das eine Mal zur Abschrift eines Manuskripts, das andere Mal zum Dreschen meiner diesjährigen Ernte.

Ich miete ein Haus, zu dem mir der Vermieter den Pförtner stellen soll, ein Zimmer, das von dem Dienstboten des Vermieters instandgehalten werden soll.

Ich liege in einem Krankenhaus und lasse mich von dem dortigen Anstaltsarzt behandeln.

Ich mache eine Bergtour auf einem Esel, der der Ermunterung durch einen Treiber bedarf.

Ich setze mich mit einem Impresario in Verbindung, der mir die ihm zur Verfügung stehende Truppe für mein Variété zur Verfügung stellt.

Ein Dutzend Beispiele, die sich leicht um ein weiteres Dutzend vermehren lassen, die aber als Grundlage unserer einstweiligen Betrachtung genügen mögen.

Alle Beispiele haben eines gemeinsam. Auf der einen Seite das Bedürfnis, die Nachfrage nach menschlicher Arbeitskraft, auf der anderen eine Bereitschaft solcher Arbeitskraft mit dem besonderen Moment, daß das Angebot dieser Kraft nicht von demjenigen ausgeht, der persönlich leisten soll, sondern von einer dritten Seite.

Es wird daher in erster Linie keine Verbindung zwischen dem, der der Arbeit bedarf, und dem Arbeiter hergestellt, sondern ein Dritter verpflichtet sich, eben zwar nicht, die Arbeit zu leisten, sondern dafür Sorge zu tragen, daß die gesuchte Arbeit geleistet wird, mit anderen Worten, er verschafft dem Nachfragenden die Dienste eines Arbeiters. Objekt des Dienstverschaffungsvertrages ist also im eigentlichsten Grunde fremde Arbeit.

Darin liegt das Wesentliche, daß die Arbeit gewissermaßen von ihrem Träger losgelöst Gegenstand des Verkehrs geworden ist.

Der Arbeiter stellt seine Arbeitskraft einem Dritten zur Verfügung und sagt, verwerte du meine Arbeit so, wie du willst und wie es dir am besten scheint. Weise du mir den Platz und die Zeit an, an dem und während der ich arbeiten soll. Ich will mit der Unterbringung meiner Arbeit nichts zu tun haben, ich bin mit jeder Arbeitsgelegenheit, die du mir anweist, zufrieden und bereit, dort meine Arbeit auszuführen. Natürlich muß die Gelegenheit dem Charakter und der Eigenart meiner Arbeit entsprechen. Wenn ich ein berühmter Künstler bin, brauche ich es mir nicht gefallen zu lassen, wenn du mich in einem Tingeltangel unterbringst. Aber von solchen selbstverständlichen Grenzen abgesehen, bin ich bereit, vertragsmäßig zu arbeiten.

Für diese meine Bereitschaft, die du ausnutzen darfst, verlange ich von dir meinen Lohn. Du kannst mich entweder mit einer Pauschalsumme abfinden oder mich, indem du mir die Wahrscheinlichkeit bezw. Sicherheit der Arbeitsgelegenheit mehr oder weniger garantierst, in irgendeiner Weise an dem Gewinn teilnehmen läßt, den du aus der Ausnutzung und Verwirklichung meiner Arbeitskraft ziehst.

Die wirtschaftliche Bedeutung eines solchen Dienstverpflichtungsvertrages liegt auf der Hand.

Der Arbeiter entgeht dadurch, daß er die Organisation seiner Arbeit völlig in fremde Hände gibt, jedem Unternehmerrisiko, sofern er nur das ausbedungene Entgelt für seine Arbeitsbereitschaft erhält.

Dieses Entgelt bildet das feste Maß, auf das er unter allen Umständen rechnen kann.

Daß dieses feste Maß zugleich die Höchstgrenze seines Verdienstes bedeutet, bildet naturgemäß die Gewinnmöglichkeit des anderen Teils, der seinerseits für diese Gewinnmöglichkeit eben das Unternehmerrisiko übernimmt.

Daß dieses Unternehmerrisiko im einzelnen Fall gleich Null sein kann, so z. B. wenn der Abschluß des Dienstverschaffungsvertrages dem des Dienstverpflichtungsvertrages zeitlich voraufgeht, macht begrifflich nichts aus. Es kommt weniger darauf an, daß der Unternehmer ein tatsächliches Risiko hat, sondern in erster Linie nur auf das negative Moment, daß der Arbeiter niemals ein Risiko hat oder wenigstens niemals allein hat, denn Zwischenbildungen sind natürlich möglich. Wie oben angedeutet, kann das Engelt z. B. prozentual je nach dem Maß der wirklich geleisteten Arbeit schwanken. Trotzdem bleibt allemal die Preisbestimmung eine feste, die sich eben nur in einem gewissen festen Spielraum bewegen kann, und gegen dieses in diesem Sinne feste Entgelt hat der Arbeiter in dem Moment des Vertragsschlusses mit dem Unternehmer jedenfalls die wirtschaftliche Leitung seiner Arbeit aufgegeben.

Wenn er später die ihm zugewiesenen Arbeiten ausführt, so ist das für ihn nicht mehr eine wirtschaftliche Ausnutzung seiner Arbeitskraft, sondern für ihn nur noch eine rein tatsächliche Frage, d. h. die wirtschaftliche Verfügungsbefugnis ist auf den Unternehmer übergegangen, der nun seinerseits sehen muß, wo er die Arbeit unterbringt.

Er hat die Arbeit sozusagen auf Vorrat, an ihn muß sich die Nachfrage wenden.

Wenn ich mich im tatsächlichen Leben auch vielleicht sofort an den Arbeiter wende, z. B. an den Eilboten, den ich auf der

Straße treffe, so macht das nichts aus. Dann ist der Eilbote eben bei Entgegennahme der Bestellung weiter nichts als Vertreter des Unternehmers, für den er den Auftrag entgegennimmt. Es ist doch der Unternehmer, der der Nachfrage die Dienste, die Arbeit verschafft, welche wirtschaftlich eben seit Abschluß des Dienstverpflichtungsvertrages gewissermaßen seine Arbeit ist.

Hier liegt der Unterschied zum Stellenvermittler. Auch der Stellenvermittler verschafft vertraglich einem anderen die Dienste eines Dritten, aber er verschafft wohlverstanden nicht eigene, sondern fremde Arbeit. Der Stellenvermittler mag auch in manchen Fällen berechtigt sein, über die Arbeit zu verfügen, d. h. ohne den Arbeiter für ihn Arbeitsverträge abzuschließen, aber dann handelt er stets als Vertreter des Arbeiters, nicht in eigenem Namen.

Als Beispiel für den Dienstverschaffungsvertrag war oben unter anderem der sogen. Impresariovertrag erwähnt, ein Vertrag, den das OLG. Hamburg[1]) ausdrücklich als Typ des Dienstverschaffungsvertrages hingestellt hat.

Wir haben hier, wenigstens wenn es sich nur z. B. um Stellung von Sängern für ein Variété handelt, den Dienstverschaffungsvertrag in seiner reinsten Form.

Die bloße menschliche Arbeit ohne alle sachlichen Zutaten wird geliefert.

Dieser reine Dienstverschaffungsvertrag ist außerordentlich selten.

Wenn wir das Beispiel etwas variieren und statt der Sänger einen Klaviervirtuosen nehmen, dem der Impresario zur Ausübung seiner Künste ein Klavier mitgibt, haben wir den Dienstverschaffungsvertrag in der Gestalt, wie er uns gewöhnlich vor Augen tritt und ihn auch die übrigen oben angeführten Beispiele zeigen.

Der Unternehmer wird nämlich regelmäßig die menschliche Arbeitskraft nicht ohne weitere Vorbereitungen zur Verfügung stellen können, sondern er wird gleichzeitig die Arbeit auch einrichten, mit dem nötigen Arbeitsgerät ausrüsten müssen, er wird

---

[1]) OLG. Bd. 3 S. 22.

der Schreibmaschinendame die Maschine, dem Eilboten das Fahrrad mitgeben.

Die wirtschaftliche Bedeutung des Dienstverschaffungsvertrages liegt nämlich nicht nur darin, daß der Unternehmer dem Arbeiter das Geschäftsrisiko ganz oder teilweise abnimmt, sondern in den allermeisten Fällen auch darin, daß er dem nicht kapitalkräftigen Arbeiter durch Gewährung der Arbeitsmittel überhaupt erst die Ausübung seiner individuellen Arbeitstätigkeit ermöglicht.

Der Arbeiter hat in der Regel eben kein Kapital, weder um das Unternehmerrisiko zu tragen, noch um sich die Arbeitsgeräte, sowie diese einen bescheidenen Mindestpreis an Kosten übersteigen, selber anzuschaffen.

Der reine Dienstverschaffungsvertrag wird also in der Regel nur da vorkommen, wo entweder kein Gerät oder doch nur sehr billiges Gerät zur Arbeit nötig ist, oder wenn es sich um ein ganz besonderes eigenartiges Gerät handelt, das allgemein nicht Gegenstand des Verkehrs ist, wenn z. B. Variétékünstler mit ganz eigenartigen Apparaten arbeiten, die gerade ihre Spezialität ausmachen, oder wenn schließlich, wie es gerade bei Autos häufig ist, die Sache schon im Eigentum oder Besitz des Arbeitsempfängers ist, der sich dann also im Autofall bei Bedarf einen Chauffeur des Automobilinstituts verschafft.

Der Normalfall, des qualifizierten Dienstverschaffungsvertrages besteht also darin, daß zugleich Sache und Arbeit verschafft wird.

Das Wertverhältnis zwischen Sache und Arbeit kann natürlich ein außerordentlich verschiedenes sein, begrifflich kann der Wertunterschied aber keine Rolle spielen, die Faktoren bleiben ihrem Wesen nach stets die gleichen.

Es wird nur zu beachten sein, daß in manchen Fällen der Unternehmer sein Kapital weniger durch die Verwertung der menschlichen Arbeitskraft verzinsen will, sondern durch eine Inbetriebsetzung des in Sachwerten angelegten Vermögens.

Diese Erwägung treffen wir aber schon von einem ganz andern Standpunkt, mit ihr verlassen wir schon den Standpunkt des Arbeiters und nehmen den des Unternehmers ein.

Es kann daher zweifelhaft sein, ob wir ganz auf dem Stand-

punkt des Arbeiters stehen bleiben können und jeden Verschaffungsvertrag von Arbeit und Sache nach dem Arbeitselement nennen können, indem wir in allen Fällen von einem qualifizierten Dienstverschaffungsvertrage sprechen, während es doch vielleicht in manchen Fällen wegen des höheren Sachwertes angebrachter wäre, von einem qualifizierten Sachverschaffungsvertrage, d. h. von einer qualifizierten Miete zu sprechen.

Trotz dieses Zweifels soll für alle Sach- und Arbeitsverschaffungsverträge der Ausdruck qualifizierter Dienstverschaffungsvertrag beibehalten werden, denn besonders da eine Wertabwägung für den Einzelfall außerordentlich schwierig ist, mag es vergönnt sein, der menschlichen Tätigkeit wenigstens sprachlich generell den Vorrang vor totem Sachwert zu erteilen, um so wenigstens, trotzdem wir uns der vielerlei Differenzierungsmöglichkeiten in bezug auf ihre inhaltliche Zusammensetzung bewußt sind, eine einheitliche Gesamtbezeichnung für alle Fälle des Sach- und Arbeitsverschaffungsvertrages zu haben. Sache und Arbeit unter einen gemeinsamen Oberbegriff zusammenzufassen, erscheint nicht tunlich. Der Begriff würde als ziemlich blutleere und wesenlose Abstraktion kaum einen passenderen und treffenderen Ausdruck liefern.

Wir verstehen also, um es nochmals festzusetzen, unter reinem Dienstverschaffungsvertrag die Verschaffung von tatsächlich fremder, wirtschaftlich eigener Arbeit, unter qualifiziertem Dienstverschaffungsvertrage aber den Vertrag, welcher neben dieser Arbeitsverschaffung noch eine Sachmiete herlaufen läßt. Dienstverpflichtungsvertrag ist der Vertrag, durch den der Unternehmer die fremde Arbeitskraft in sein Vermögen einreiht.

Nachdem wir so dem Unternehmer die wirtschaftliche Organisation und Verwertung der Arbeitskraft und dem Arbeiter die tatsächliche Verrichtung der Arbeit zugesprochen haben, müssen wir uns noch kurz um den Empfänger und sein Verhältnis zur Arbeit kümmern.

Auch der Empfänger will die Arbeit verwerten, aber in anderem Sinne als der Unternehmer, er will weniger den wirtschaftlichen Wert der Arbeit als ihren technischen Wert, er will die technische Leitung der Arbeit haben und aus dieser seinen

Nutzen ziehen. Er kann im Rahmen dieser technischen Leitung auch wirtschaftlich denken, aber für ihn ist die Arbeit niemals als Handelsobjekt von Vermögenswert, es sei denn, daß er seinerseits wieder Unterverschaffungsverträge abschließen wollte.

Jedenfalls muß aber der Empfänger irgendeine Anordnungs- oder Leitungsbefugnis in bezug auf Art und Weise der Arbeit haben.

Darum ist der Theatervertrag zwischen Direktor und Besucher kein Dienstverschaffungsvertrag, es sei denn, daß man den Direktor in bezug auf die Leitung des Theaterstückes, die er event. durch einen Gehilfen ausführen läßt, als Vertreter des Besuchers zu konstruieren versucht.

Zweifelhaft kann der Gastwirtsvertrag und noch zweifelhafter der Telephonvertrag sein. Es kommt darauf an, ob man das Moment einer Anweisungsbefugnis gegenüber Kellnern bezw. Beamten als gegeben ansieht.

Wir fassen zusammen: Für den Unternehmer ist die in Frage stehende Arbeit ein vermögenswertes Verkehrsobjekt, das er sich durch den Dienstverpflichtungsvertrag vom Arbeiter verschafft und durch den Dienstverschaffungsvertrag dem Empfänger zur Verfügung stellt.

II. Die rechtliche Beurteilung.

§ 2.

1. Eigene Ansicht.

Gehen wir nun dazu über, den festgestellten Tatbestand der rechtlichen Beurteilung zu unterziehen. Wir werden sehen, daß uns die Aufdeckung der wirtschaftlichen Voraussetzungen und Funktionen die rechtliche Lösung an die Hand gibt.

a) Der reine Dienstverschaffungsvertrag.

Können wir den Dienstverschaffungsvertrag in eine der Typen des Bürgerlichen Gesetzbuchs unterbringen, die das Gesetz in seinem speziellen Vertragsrecht aufstellt?

Wir haben im Bürgerlichen Gesetzbuch zwei Vertragsgruppen,

die der einen Partei direkt etwas verschaffen, direkt gegen Entgelt eine Leistung zuführen sollen.

Auf der einen Seite Kauf und Miete, auf der anderen Dienst- und Werkvertrag.

Dienst- und Werkvertrag sind Arbeitsverträge im eigentlichsten Sinne. Der Schuldner erhält dafür, daß er ein gewisses Maß von Arbeit, von Energie selber oder durch einen Gehilfen aufwendet, das Entgelt, er muß seine Person oder die des Gehilfen als solche einsetzen.

Anders bei Kauf und Miete. Auch hier ist zwar ein Energie-, ein Arbeitsaufwand nötig, um den Vertragsgegenstand an seinen Bestimmungsort zu bringen, aber hier tritt nicht die Energie als solche als das zu Entgeltende auf, sondern das Entgelt wird für einen Vermögensaufwand gewährt.

Darin liegt der Unterschied der reinen Arbeitsverträge von Kauf und Miete, daß bei ihnen kein Vermögensaufwand stattfindet.

„Die für Geld oder Gut zu erlangende Arbeit ist zwar für den, der sie ausbedingt und erlangen soll, etwas Vermögenswertiges, indem sie für ihn die Zuführung eines wirtschaftlichen Gutes bedeutet, die er entgelten kann. Hingegen für den, der die Arbeit zusagt — wenn wir bei dem einfachen Fall stehen bleiben, daß er die eigene Arbeit zusagt —, ist die Arbeit nicht ein Vermögensaufwand, sondern ein Kraftaufwand. Sie fließt nicht aus seinem Vermögen im Rechtssinne, und dieses Vermögen erleidet nicht im geringsten dadurch eine Schmälerung, daß Arbeit aufgewendet wird. Die Entfaltung der Arbeitskraft oder der Aufwand von Nerven- und Muskelsubstanz ist für das Recht kein Vermögensaufwand.“ [1])

„Rechtlich ist das Vermögen etwas Außermenschliches, d. h. außer dem Menschen, seinem Subjekt Liegendes (bei Forderung und Schuld als extern Gedachtes), das ihm anhaftet, erst vom Recht ihm angeheftet wird, während jene Nerven- und Muskelsubstanz das Rechtssubjekt selbst ist. Für das Recht verarbeitet der Mensch damit, d. h. mit der Arbeit, nichts von seinem Ver-

---

[1]) Lotmar Bd. 1 S. 47.

mögen. Die Arbeitskraft, die er hierdurch vorübergehend verringert, bildet keinen Teil seines Vermögens im Rechtssinne, da sie nicht zu den ihm vom Recht verliehenen ökonomischen Mitteln gehört." [1])

Wenn wir diese Unterscheidung von Vermögensaufwand und Nichtvermögensaufwand auf den Dienstverschaffungsvertrag anwenden wollen, so müssen wir uns hüten, durch das Wort „Arbeit" zu falschen Erwägungen verleitet zu werden.

Denn die Arbeit ist nur dann, wenn der Verrichter selber die Arbeit zusagt, kein Vermögensaufwand. Vgl. oben Lotmar, der dann auch folgerichtigerweise in seinem Werke über den Arbeitsvertrag den Dienstverschaffungsvertrag als solchen völlig außer acht läßt. Der Dienstverschaffungsvertrag ist eben in diesem Sinne kein Arbeitsvertrag. Hier sagt ja nicht der Verrichter die Arbeit zu, sondern ein Dritter, für den die fremde Arbeitskraft etwas Außenstehendes ist, über das er verfügen kann. Für ihn handelt es sich nicht um die Ausübung eines Kraftaufwandes, sondern um die Ausnutzung einer vermögensrechtlichen Verfügungsbefugnis.[2])

Der Dienstverschaffungsvertrag ist also weder Dienst- noch Werkvertrag.

Ist er nun vielleicht in der anderen Gruppe enthalten und vielleicht Kauf oder Miete? Der Grund, der uns hinderte, Dienst- oder Werkvertrag anzunehmen, entfällt ja hier, denn durch Kauf und Miete gewähre ich jemandem gerade einen Vermögensfaktor, den ich vorher in meinem Vermögen hatte.

Kauf = „entgeltliche Aufgabe eines Vermögensbestandteils und Übertragung auf einen anderen".[3])

„Die Leistung des Vermieters ist ferner wie die des Verkäufers stets ein Vermögensaufwand; indem der Vermieter sich der Möglichkeit des Gebrauches begibt, leistet er aus seinem Vermögen, dem die Möglichkeit des Gebrauches angehört." [4]) So Lotmar. Auch

[1]) Lotmar Bd. 1 S. 83.

[2]) Für den Sonderfall des gleichzeitigen Garantieversprechens vgl. S. 17 ff.

[3]) Schollmeyer S. 7.

[4]) Lotmar Bd. 1 S. 48.

bei dieser Gelegenheit betont er in der nächsten Zeile wiederum, daß die Arbeitszusage kein Vermögensaufwand, soweit es sich um eigene Arbeit handle.

Kann nun aber jeder Vermögensfaktor Gegenstand von Kauf und Miete sein?

Für den Kauf nennt das Bürgerliche Gesetzbuch allerdings im § 433 Abs. 1 nur Sachen und Rechte als Vertragsgegenstände, aber man ist sich allgemein darüber einig, daß dies nur die wichtigsten Kaufobjekte sein sollen.[1] Die Frage, ob man in Verfolg dieser Idee so weit gehen soll, jedes Vermögensobjekt als kauffähig anzusehen, ist aber für uns von keiner Bedeutung, denn wir gelangen für den Dienstverschaffungsvertrag schon aus einem ganz anderen Grunde zur Abweisung des Kaufs.

„Der Kauf begründet seiner Struktur nach stets ein transitorisches Rechtsverhältnis der Kontrahenten.“[2])

Der Dienstverschaffungsvertrag aber hat gerade die Möglichkeit, ein dauerhaftes Rechtsverhältnis zwischen den Parteien zu schaffen.

Dieser Grundunterschied von Kauf und Dienstverschaffungsvertrag zeigt sich vor allem darin, daß die Verkäuferleistung niemals eine Bemessung nach Zeit erfahren kann, während dies beim Dienstverschaffungsvertrag wie bei der Miete häufig der Fall sein wird.

Bei der Miete steht also der Grund, der gegen den Kauf sprach, nicht entgegen. Während es uns aber beim Kauf gleichgültig sein konnte, was Gegenstand des Vertrages sein kann, ist die Frage des Mietgegenstandes von ausschlaggebender Bedeutung, denn nach BGB. § 535 können nur Sachen — nach BGB. § 90 also nur körperliche Gegenstände — vermietet werden.[3])

Da beim Dienstverschaffungsvertrage keine Sachen Gegenstand des eigentlichen Vertrages sind, müssen wir also auch die Miete ablehnen.

Wir kennen nun ja aber außer der eigentlichen Sachmiete

---

[1]) vgl. nur Oertmann vor § 433e; Planck zu § 433 Nr. 3.

[2]) Lotmar Bd. 1 S. 48.

[3]) vgl. Mittelstein S. 12.

„eine nach Gegenstand und Zweck erweiterte Abart der Miete",[1]) die Pacht, bei der auch andere Gegenstände als Sachen Vertragsgegenstand sein können. Wir erkennen aber sofort, daß wir die Pacht schon von vornherein ausschalten müssen, denn die Pacht ist eben nicht nur ihrem Gegenstande, sondern auch ihrem Zweck nach erweitert.

„Voraussetzung ist, daß der Pachtgegenstand zu dauerndem Gebrauche und Fruchtgenuß fällig sei." [2])

Daß der Dienstverschaffungsvertrag aber keine Früchte gewährt, zeigt ohne weiteres die Begriffsbestimmung, die das Gesetz im § 99 für Früchte aufstellt. Zwar könnte der Empfänger durch Unterdienstverschaffungsverträge Erträge ziehen, aber abgesehen von der Frage, ob er dieses im Einzelfall darf, wird hier analog dasselbe gelten, was Mittelstein [3]) von der Untervermietung sagt: „Man kann in diesem Falle nicht von Pacht reden, denn die Sache gestattet, so wie der andere Teil sie vertragsmäßig zu gewähren hat, nur einen Gebrauch".

Da wir also die Pacht schon aus diesem Grunde abweisen, erübrigt sich ein Eingehen auf die Frage, ob dann die „Erweiterung dem Gegenstande nach" gegeben ist. Da außer Sachen nach BGB. § 581 auch Rechte in Frage kommen,[4]) würde solchenfalls zu untersuchen sein, ob ein Recht Gegenstand des Dienstverschaffungsvertrages sei, welche Frage in Rücksicht darauf, daß es sich nur um die tatsächliche Leitungsbefugnis handelt, zur Verneinung gelangen würde.

Wir können jedenfalls also die Pacht ohne weiteres ausscheiden und unser zweites Resultat [5]) dahin aufstellen:

Die Verschaffungsverträge des Bürgerlichen Gesetzbuchs passen nicht für den Dienstverschaffungsvertrag, weder Dienst- oder Werkvertrag, noch Kauf oder Miete.

Der Dienstverschaffungsvertrag ist also ein Vertrag eigner Art.

---

[1]) vgl. Mittelstein S. 21 und dazu Cosack Bd. 1 § 134; Crome Bd. 1 § 234.

[2]) Endemann Bd. 1 § 171 S. 769.

[3]) Mittelstein S. 28.

[4]) Endemann Bd. 1 § 171 S. 769.

[5]) vgl. S. 7.

Da er eine Sonderregelung im Bürgerlichen Gesetzbuch nicht gefunden hat, untersteht er mithin nur den allgemeinen Lehren des Rechts der Schuldverhältnisse des Bürgerlichen Gesetzbuchs.

Wir haben uns aber eben[1]) anläßlich des Unterdienstverschaffungsvertrages auf die Untermiete berufen können und müssen uns auch sonst erinnern, daß der Dienstverschaffungsvertrag von den in Frage kommenden Vertragstypen seinen wirtschaftlichen und rechtlichen Voraussetzungen nach am meisten der Miete glich, ja daß er sich fast ganz mit dieser deckte, nur daß die Miete nach positiver Gesetzesvorschrift auf Sachen beschränkt war. Wenn wir uns nun weiter vergegenwärtigen, daß diese Beschränkung nicht eine zwingende Folge des Wesens der Miete ist, so wie etwa die Fruchtziehung für die Pacht unbedingt wesentlich ist,[2]) sondern nur rein äußeren Gründen ihr Dasein verdankt, um nämlich das Gesetz einfacher zu gestalten,[3]) so erkennen wir, daß die engen Beziehungen, die Dienstverschaffungsvertrag und Miete miteinander verbinden, auch in der rechtlichen Beurteilung zum Ausdruck kommen müssen, mit anderen Worten, neben den allgemeinen Lehren des Bürgerlichen Gesetzbuchs erscheint eine analoge Anwendung der Mietsregeln überall da geboten, wo sich nicht aus der Natur der Dinge, d. h. aus dem Umstande, daß die Mietsvorschriften zum Teil gerade auf Sachen zugeschnitten sind, Abweichungen ergeben. Oder umgekehrt, um das Spezielle vorwegzunehmen:

Die allgemeinen Regeln kommen erst dann zur Anwendung, wenn die Mietsregeln versagen, keine Entscheidung geben. Im einzelnen wird dies weiter unten dargelegt werden, hier genügt die Feststellung:

Der Dienstverschaffungsvertrag ist ein Vertrag mit mietsähnlichem Charakter.

---

[1]) vgl. S. 11.

[2]) Mittelstein S. 12.

[3]) Mot. Bd. 2 S. 369.

§ 3.

b) Der qualifizierte Dienstverschaffungsvertrag.

Ehe wir dazu übergehen, das selbständig gefundene Resultat mit dem bisherigen Rechtszustand zu vergleichen, bedarf der qualifizierte Dienstverschaffungsvertrag im besondern noch der Untersuchung, also der Vertrag, wo neben dem reinen Dienstverschaffungsvertrag noch eine Sachmiete herläuft.[1])

Da der qualifizierte Dienstverschaffungsvertrag in solcher Weise mehrere Bestandteile hat, muß die Lehre von der Zusammensetzung der Verträge hier unseren Ausgangspunkt bilden.

Es gibt zwei Möglichkeiten, verschiedene Verträge zusammenzusetzen. Entweder verbindet man sie nur rein äußerlich, vielleicht daß man die Vertragsverhandlungen gemeinsam geführt hat und nun auch den Vertragsschluß in gleicher Weise vornimmt, ohne daß die Verträge inhaltlich in Wechselbeziehungen stehen. Dann liegt eine eigentliche „Vertragszusammensetzung",[2]) eine rein äußerliche Vertragsverbindung, wie Enneccerus[3]) sagt, vor, bei der in Wirklichkeit materiell zwei völlig selbständige Verträge einander gegenüberstehen, die eben nur formell äußerlich miteinander verbunden sind. Regelsberger[4]) spricht solchenfalls von der „tatsächlichen Verbindung von zwei rechtlich selbständigen Verträgen".

Oder aber die Zusammensetzung bezieht sich auf den Inhalt der gesamte Inhalt soll Gegenstand eines einheitlichen Vertrages sein. Jeder Bestandteil des Inhalts soll von dem anderen abhängig und bedingt sein. In solchen Fällen der „Verträge mit zusammengesetztem Inhalt"[5]) spricht man von „gemischten Verträgen".[6])

Während es sich also bei den zusammengesetzten Verträgen

---

[1]) vgl. S. 5 ff.

[2]) Staudinger Bd. 2 S. 222.

[3]) Enneccerus § 323.

[4]) S. 455.

[5]) Regelsberger S. 453.

[6]) über die Berechtigung dieses Ausdruckes, der sich u. a. auch bei Enneccerus a. a. O. findet, vgl. Hoeniger § 7.

um eine Mehrheit von Obligationen handelt, haben wir bei den gemischten Verträgen eine Obligationeneinheit.

Allgemeine feste Grundsätze dafür, wann eine solche Einheit, wann aber eine Mehrheit vorliegt, lassen sich nicht aufstellen.[1]) Jeder Einzelfall wird besonders unter Berücksichtigung der Gesamtlage zu entscheiden sein.[2])

Ein gewisses Kriterium wird vielleicht manchmal in dem Willen der Parteien gefunden werden können,[3]) eine einseitige Abstellung auf den Parteiwillen ist aber nicht angebracht, um so weniger, als der sogen. Parteiwille gerade hier oft nur ein konstruktiver Notbehelf ist, da die Parteien die innere juristische Beziehung der verschiedenen Elemente ihres Gesamtvertrages sich oft nicht klarmachen und als Laien auch nicht klarmachen können. Sinn und Inhalt des Vertrages auf seine wirtschaftliche Zweckbestimmung hin betrachtet muß berücksichtigt werden.[4]) Neben dem Parteiwillen ist der wirtschaftliche Zusammenhang ins Auge zu fassen. Man wird der Regel nach sagen können: Wenn der wirtschaftliche Zweck der gleiche, ein einheitlicher ist, wird der Vertrag auch als einheitlicher aufzufassen sein.

Der praktische Unterschied liegt darin, daß bei zusammengesetzten Verträgen jeder Vertrag nach seinen eigenen Regeln beurteilt wird, während die gemischten eine besondere Behandlung erfordern.

Die Subsumierung des Dienstverschaffungsvertrages unter einen dieser Begriffe macht nach dem Gesagten keine Schwierigkeiten.

In der Regel wird der zusammengesetzte Inhalt vollkommen voneinander abhängig sein und nicht eine gesonderte Sachmiete und ein selbständiger reiner Dienstverschaffungsvertrag vorliegen. Wenn die Sache so ohne Arbeitskraft und umgekehrt die Arbeitskraft ohne Sache für den Empfänger keinen wirtschaftlichen Wert hat, werden wir ohne weiteres unseren Vertrag den gemischten Verträgen zurechnen.

---

[1]) Blociszewski S. 8.
[2]) Enneccerus Bd. 1 § 323.
[3]) Schroeder S. 16.
[4]) Regelsberger S. 465.

Da es typische und atypische Verträge gibt, so kann die Mischung entweder eine typisch-typische, eine typisch-atypische oder eine atypisch-atypische sein. Die Mischung selber ist naturgemäß stets atypisch, da sie ja eben keinem Einzeltypus des Bürgerlichen Gesetzbuchs untersteht, mithin in diesem Sinne „ein Vertrag eigner Art ist, der nur eben die Züge verschiedener Typen tragen kann".[1]) Das Mischungsverhältnis kann nach bestimmten Typen gesondert werden.

Die umfassendste Aufstellung hierüber finden wir bei Enneccerus.[2]) Nach ihm teilen sich die gemischten Verträge in drei Hauptgruppen. Er kennt erstens die Kombinations- oder Zwillingsverträge, bei denen nicht zwei Verträge etwa nur äußerlich verbunden sind, sondern bei denen zwei Typen so kombiniert sind, daß ihnen eine einheitliche Gegenleistung gegenübersteht, daß sie mithin als einheitliche Verschmelzung anzusehen sind. Weiter spricht er von den gemischten Verträgen in engerem Sinne, bei denen ein vollkommener Vertragstypus von vornherein vorliegt, der nur gleichzeitig einen Bestandteil enthält, welcher als solcher seinerseits einem andern Vertragstypus unterstehen würde. Und drittens schließlich als letzte Gruppe der gemischten Verträge der Doppeltyp, ein Vertrag, bei dem der ganze Vertragsinhalt seinem ganzen Umfange nach, nicht nur teilweise unter zwei Vertragstypen fällt.

Wenn wir diese drei Gruppen durch Beispiele illustrieren wollen, so können wir in Anlehnung an Enneccerus für Fall 3 den Fall nennen, daß jemand freie Wohnung gegen Leistung von Portierdiensten erhält und somit ein Miets-Dienstvertragdoppeltyp vorliegt, je nachdem von welcher Seite aus man den Vertrag betrachtet. Für Nr. 2 können wir den bekannten, schon dem gemeinen Recht nicht fremden Fall des negotium mixtum cum donatione, der sogen. gemischten Schenkung nennen, bei dem ein Kauf vorliegt, dessen einer Bestandteil aber zugleich eine Schenkung enthält.[3]) Wenn wir nun für Fall 1 ein Beispiel suchen, so können

---

[1]) s. Meerscheidt S. 854.

[2]) Schuldverhältnisse § 323.

[3]) vgl. Müller S. 209.

wir auch hier uns an Enneccerus selber wenden, um so mehr, da wir dann zugleich die Frage, in welche der drei Klassen wir denn den Dienstverschaffungsvertrag in seiner qualifizierten Form einreihen sollen, beantwortet finden, denn Enneccerus hat gerade unsern Tatbestand als Beispiel erwähnt, und so können wir unser Vertragsverhältnis, wenn wir der Systematisierung und der Terminologie von Enneccerus folgen, als einen Kombinations- oder Zwillingsvertrag bezeichnen. Wir stimmen aber nur in dieser formellen Einteilung mit Enneccerus überein, in der weiteren sachlichen Beurteilung weichen wir von ihm ab, denn wenn auch Enneccerus richtig ausführt, daß weder eine reine Sachmiete [1]) noch ein reiner Dienstvertrag [2]) vorliegt, so kann die Entscheidung, daß ein Kombinationsverhältnis von Sachmiete und Dienstvertrag vorliege, eben deshalb nicht von uns anerkannt werden, weil es sich nach unserer Auffassung niemals um einen Dienstvertrag handeln kann. Gänzlich unrichtig ist es, wenn Enneccerus sich auf das Reichsgericht beruft,[3]) denn dieses hat gerade in der angezogenen Entscheidung ausdrücklich Miete in Verbindung mit einem Dienstverschaffungsvertrag angenommen. Wenn wir aber statt Dienstvertrag Dienstverschaffungsvertrag setzen, stimmen wir vollkommen mit Enneccerus überein und stellen somit fest:

Der qualifizierte Dienstverschaffungsvertrag ist eine typisch-atypische Kombinationsmischung.

Diese Feststellung hat aber für uns nur die Bedeutung, daß sie unserem Vertrag die ihm zukommende Stellung im System anweist, für die praktische Behandlung unseres Vertrages ist das Problem der gemischten Verträge bedeutungslos, denn „das Problem der gemischten Verträge besteht in der Frage: Welche Rechtsfolgen zieht der gemischte Vertragstatbestand nach sich?“

Diese Frage kann aber natürlich nur dann zweifelhaft und schwierig sein, wenn die verschiedenen Bestandteile an sich, wenn sie getrennt wären, auch verschiedenen Regeln unterstehen würden.

---

[1]) OLG. Bd. 7 S. 471.

[2]) OLG. Kiel im SchlHolstAnz. 1909 S. 300.

[3]) RG. Bd. 56 S. 361.

Wir haben ja aber den eigenartigen Fall, daß die Einzelelemente unseres Vertrages zwar theoretisch voneinander zu trennen sind, praktisch aber den gleichen Regeln unterstehen, daß auf beide Teile die Mietsregeln soweit angängig direkt oder analog zur Anwendung kommen müssen.[1]) Da wir nur so darüber klar sind, welche Rechtsfolgen der gemischte Vertragstatbestand nach sich zieht, erübrigt sich für uns jedes Eingehen auf die gemischten Verträge und wir können in Erwägung unseres für den reinen Dienstverschaffungsvertrag aufgestellten[2]) Resultates sagen:

Auch der qualifizierte Dienstverschaffungsvertrag ist ein Vertrag eigener Art mit mietsähnlichem Charakter.[3])

Anhang zu II. 1.

§ 4.

Variation des Garantieversprechens.

Eigener Behandlung bedürftig erscheint noch eine besonders häufige Variation des Dienstverschaffungsvertrages, der Fall des gleichzeitigen Garantieversprechens.

Wir haben gesehen, daß die vertraglichen Pflichten des Unternehmers an sich nur dahin gehen, „den Arbeiter zu veranlassen, seine Arbeitskraft für den Empfänger bereit zu halten und dessen Anweisungen Folge zu leisten".[4]) [5])

---

[1]) Über die Sonderfrage des Garantieversprechens vgl. § 4.

[2]) vgl. S. 12.

[3]) Man kann an sich die Verträge eigener Art auch in Gegensatz zu den gemischten Verträgen stellen. Das ist dann aber ein engerer Begriff der Verträge eigener Art. Uns will es mit v. Meerscheidt (S. 854) gegen Staudinger (Bd. 2 S. 222) gerechtfertigt erscheinen, die gemischten Verträge den Verträgen eigener Art unterzuordnen, denn (vgl. S. 5 und auch Müller S. 209) ein Vertrag, der weder Kauf noch Schenkung ist, sondern beides zusammen, ist eben im BGB. nicht als einheitlicher Typ aufgestellt, hat aber selbstverständlich seinen eigenen Typ, ist mithin ein Vertrag eigener Art. Doch ist die Frage eben eine rein terminologische, sachlich stimmen beide Ansichten überein.

[4]) So RG. Bd. 82 S. 429 in der neuesten Entscheidung, die sich mit dem Dienstverschaffungsvertrage beschäftigt und die gerade für die Garantiefrage von Bedeutung ist.

[5]) Diese bloße „Veranlassung" ist niemals eine Arbeit im Sinne eines Arbeitsvertrages. Dann läge bei jedem Verschaffungsvertrage das Moment des Werk-

Im Wesen des Dienstverschaffungsvertrages liegt es aber nicht, daß der Unternehmer auch besonders dafür einsteht, daß der Arbeiter die in Frage stehende Arbeit ordnungsmäßig zu Ende bringt. Wenn der Unternehmer dafür einstehen will, daß der durch die Arbeit bezweckte Erfolg durch den Arbeiter erreicht wird, so ist eine besondere Gewährleistungsübernahme nötig, welche aber häufig vorliegen wird und insbesondere als stillschweigend vereinbart wirksam werden kann. Das Reichsgericht [1]) verweist in dieser Hinsicht im besonderen mangels anderer Momente auf die Verkehrsanschauung, betont aber auch seinerseits, daß stets eine besondere Gewährübernahme als solche festgestellt werden muß,[2]) um die auch für den Erfolg der verschafften Arbeit einstehende Unternehmerhaftung eintreten zu lassen.

Es ergibt sich dann solchenfalls natürlich die Frage, ob unsere Feststellungen über die juristische Konstruktion des Dienstverschaffungsvertrages für den Fall des gleichzeitigen Garantieversprechens geändert bezw. erweitert werden müssen.

Der Fall des Garantieversprechens ist im Bürgerlichen Gesetzbuch nicht allgemein geregelt, das Bürgerliche Gesetzbuch regelt nur das Einstehen für die Erfüllung einer Verbindlichkeit eines Dritten, die Bürgschaft, nicht aber das Einstehen für einen bestimmten Erfolg schlechthin.

Trotzdem ist die Behandlung eines solchen Garantieversprechens als „eines das Einstehen für einen bestimmten Erfolg enthaltenden Versprechens“ [3]) allgemein feststehend.

---

vertrages vor! So ist z. B. bei dem Normalfall der Sachmiete auch stets irgendeine Tätigkeit nötig, um dem Mieter die Sache zu verschaffen. Es kann aber keinen Unterschied machen, ob die Art der Tätigkeit dadurch, daß sie das eine Mal auf eine Sache gerichtet ist, das andere Mal auf einen Menschen, verschieden ist. Die Tätigkeit als solche — und darauf würde es ankommen — bleibt doch gegeben, nur eben ihre Art ist verschieden. So führt Oertmann (Verträge auf Handlungen dritter Personen S. 12 f.) richtig aus, daß man auf alle Fälle „Bemühungen“ anwenden müsse, um einen Dritten zur Vornahme einer Leistung zu bestimmen; solche Bemühungen bilden aber nie das Moment eines Arbeitsvertrages (vgl. im übrigen die nächsten Seiten des Textes). Wir haben nicht einen Vertrag, bei dem ein Mischungselement den Charakter des Werkvertrages hat.

[1]) RG. a. a. O.

[2]) Ebenso Wüstendörfer S. 150.

[3]) RG. Bd. 61 S. 157.

Man will ganz allgemein[1]) mit Recht ein solches Versprechen seiner Selbständigkeit wegen nicht unter Sonderregel stellen, sondern nur die allgemeinen Grundsätze des Rechts der Schuldverhältnisse gelten lassen.

Man könnte versucht sein, zu sagen, der Unternehmer, der für den Erfolg der Arbeit des Arbeiters einsteht, muß in dieser Hinsicht auf den Arbeiter einwirken, er muß den Willen, die Fähigkeiten des Arbeiters dauernd in der zur Arbeit erforderlichen Richtung halten muß, er mithin eine Arbeitsleistung, eine Energie aufwenden, um den Erfolg zu erreichen, so daß ohne weiteres ein Werkvertrag gegeben sei.

Wenn man die Sache vom Standpunkt des Arbeitsempfängers betrachtet, ergibt sich ohne weiteres, daß dieses nicht richtig ist, denn er wird den Unternehmer nicht gerade dazu verpflichten, die Bemühungen aufzuwenden, sondern für ihn ist nur die bloße Tatsache von Bedeutung, daß der Erfolg durch die Arbeit des Arbeiters erreicht wird, und dafür, daß eben dieser Erfolg eintritt, soll eben der Unternehmer garantieren. Mit anderen Worten, die Arbeit des Unternehmers ist für den Erfolg nicht wesentlich. Hier liegt der Grundunterschied zum Werkvertrag. Beim Werkvertrag kann der Erfolg nur gerade durch die Arbeit erreicht werden, und darum ist er eben ein Arbeitsvertrag. Hier dagegen kann der Erfolg ohne jede eigene Tätigkeit des Garantierenden eintreten, sofern dieser nur „den Arbeiter veranlaßt hat, seine Arbeitskraft für den Empfänger bereitzuhalten und dessen Anweisungen Folge zu leisten".[2]) Diese Veranlassung gehört aber nicht zu den Pflichten des Garantievertrages, sondern zu den Pflichten des Dienstverschaffungsvertrages an sich, denn wenn er dem Arbeitsempfänger die Leitungsbefugnis verschafft, so muß er ihn auch in die Lage setzen, diese auszuüben, er muß ihm ein geeignetes „ordnungsmäßiges"[3]) Objekt verschaffen. Die Möglichkeit der Leitung wird durch den Dienstverschaffungsvertrag verschafft, die Sicherheit für den Erfolg der Leitung durch das

[1]) RG. Bd. 61 S. 157 und dort zitierte Literatur; außerdem Mot. Bd. 2 S. 658 und von vielen anderen nur Enneccerus, Schuldverhältnisse S. 544 ff., 764.

[2]) RG. a. a. O.

[3]) RG. a. a. O.

Garantieversprechen. Ja, wenn man will, kann man dann mit Enneccerus[1]) sagen: „Garantieübernahmen, die bei Abschluß eines anderen Vertrages vorkommen, sind nur Nebenberedungen über die Wirkung dieser Verträge und daher nach dem für jene geltenden Rechte zu beurteilen".

Das ist praktisch fast dasselbe, als wenn wir die theoretische Trennung durchführen, denn auch der „andere Vertrag" unterliegt ja regelmäßig den allgemeinen Grundsätzen.

Da ja aber die allgemeinen Regeln im Einzelfall durch die Sonderregeln des betreffenden Vertrages durchkreuzt werden können, so müssen wir uns bewußt sein, daß da Enneccerus' Satz nicht ohne Ausnahme gilt, und darum entscheiden wir uns dafür, zu sagen:

Das Garantieversprechen ist eine Nebenabrede, welche die juristische Konstruktion des Gesamtvertrages in keiner Weise beeinflußt, welche insbesondere keine anderen Sonderregeln in den Vertrag hereinbringt.

Soweit aber die Garantie in Frage kommt, untersteht sie den allgemeinen Grundsätzen des Vertragsrechts des Bürgerlichen Gesetzbuchs.

Da das Garantieversprechen nur auf die Haftung für den Erfolg Einfluß haben soll, können wir die Bedeutung, welche die besondere Anwendung der allgemeinen Grundsätze haben kann, nur in der Frage der Haftung finden.

Da andererseits der Grad der Haftung nach den Mietsregeln die gleiche ist wie die nach § 276 BGB., ist es praktisch gleichgültig, ob wir sagen, das Garantieversprechen untersteht den Regeln des Gesamtvertrages, oder ob wir die Anwendung der allgemeinen Grundsätze für die Haftung, d. i. die Garantie befürworten.

Theoretisch erscheint aber die Betonung der selbständigen Behandlung des Garantieversprechens richtiger.

Das Garantieversprechen ist und bleibt aber trotzdem nur eine „Nebenberedung über die Wirkung"[2]) des Dienstverschaffungs-

---

[1]) Bd. 2 S. 544.

[2]) Enneccerus a. a. O.

vertrages, sie ist als solche aber einheitlich mit dem Gesamtvertrage verbunden, und seine Verletzung ist zugleich eine Verletzung des Gesamtvertrages.

Durch das Garantieversprechen wird also der Dienstverschaffungsvertrag nicht in seinem Wesen geändert, sondern nur seinem Inhalte nach erweitert, dergestalt, daß die Haftung des Unternehmers sich auch auf den Erfolg der Arbeit des Arbeiters erstreckt, ohne daß eine eigene Arbeit des Unternehmers begriffswesentlich notwendig ist.

Andere Rechtswirkungen als diese Haftungserweiterung kann das Garantieversprechen nicht auslösen und soll sie auch ihrer wirtschaftlichen Zweckbestimmung nach nicht zur Folge haben.

§ 5.

2. Bisherige Ansichten.

Wir können nun dazu übergehen, unser Ergebnis mit den bisherigen Rechtsansichten zu vergleichen.

Wir haben schon gesehen, daß der Dienstverschaffungsvertrag im Bürgerlichen Gesetzbuch nicht besonders geregelt ist, wir hatten insbesondere auf Grund ausführlicher Erwägungen dargelegt, daß ein Dienstvertrag von vornherein nicht in Frage komme.

Wenn wir die Motive [1]) ansehen, so sehen wir, daß wir dieses Ergebnis auch ihnen schon hätten entnehmen können.

„Im Falle der Verschaffung von Diensten liegt kein Dienstvertrag, sondern ein nach anderen Regeln zu beurteilender sonstiger Vertrag vor."

Wenn wir trotzdem die Motive nicht als grundlegend annahmen, so taten wir es deshalb nicht, weil die Motive jede Begründung vermieden haben. Sie sagen zwar, nach der Fassung des Gesetzes falle die Verschaffung von Diensten nicht unter den Dienstvertrag, warum das Gesetz aber eine solche Fassung hat und nach dem Begriff des Dienstvertrages haben muß, verschweigen die Motive. Dies ist um so auffallender, weil unter

---

[1]) Bd. 2 S. 456.

ausdrücklicher Quellenangabe ein Gegensatz zum gemeinem Recht festgestellt wird.

Die gemeinrechtliche Auffassung,[1]) welche den Dienstverschaffungsvertrag den Regeln der Dienstmiete unterstellt, stützt sich auf die Quellenstelle, die wir in den Motiven wiedergegeben finden, auf l. 25 D. de op. lib. 38.

Diese Digestenstelle zeigt uns den rechten Weg, den Grund des Gegensatzes zu erfassen. Es handelt sich dort um das Verhältnis des patronus zu seinem libertus, eines freigelassenen Sklaven zu seinem früheren Herrn.

Die Wirkung der Freilassung ging dahin,[2]) daß der Freigelassene zwar im Verhältnis zu Dritten an sich als frei galt, aber außer zu gewissen Respektsdiensten, den operae officiales, regelmäßig auch zu gewerblichen Diensten, den operae fabriles, seinem Herrn, dem jetzigen Patron, verpflichtet blieb. Ein Rest Sklaverei war zurückgeblieben, der libertus, der vorher nur Sache in rechtlicher Beziehung war, war, was die operae fabriles anlangt, Werkzeug des Patronus geblieben, hier war er nicht mehr als ein Vermögensstück desselben. Wenn die Römer nun die Gebrauchsüberlassung eines Vermögensstückes dem Dienstvertrag unterordneten, so muß diese Unterordnung nach unseren Ausführungen über den Arbeitsvertrag entweder falsch sein oder der römische Begriff der locatio conductio operarum ist ein anderer als der unseres heutigen Dienstvertrages. Und dem ist so. Der römische Begriff ist seinem Wesen nach grundverschieden von unserem. Es ist nicht die Arbeit des freien Arbeiters, die da geregelt ist, sondern im eigentlichsten handelt es sich um die Dienste von Sklaven oder Freigelassenen.[3]) Nur die operae illiberales waren nach römischem Recht Gegenstand des Dienstvertrages! Und so kommt es, daß das römische Recht „den Arbeitsvertrag als eine Art des Mietsvertrags behandelt — vgl. die römische Terminologie — und den fundamentalen Unterschied von Miete und Arbeitsvertrag nicht berücksichtigt".[4])

---

[1]) vgl. u. a. Windscheid Bd. 2 § 399 Anm. 2, § 401 Anm. 1.

[2]) vgl. Sohm § 21.

[3]) vgl. Kuhlenbeck S. 284.

[4]) HWB. d. Staatsw. Bd. 1, 2 S. 986.

Wir können also den Unterschied vom gemeinem Recht und Bürgerlichen Gesetzbuch, den die Motive für den Dienstverschaffungsvertrag feststellen, für eine Konsequenz des allgemeinen Grundunterschiedes erklären und verstehen es somit, wenn das Gesetz sich für unseren Vertrag in bewußtem Gegensatz zum gemeinen Recht befindet.

Wir heben also nochmals hervor:

Das Ergebnis unserer Ausführungen, daß der Dienstverschaffungsvertrag kein Dienstvertrag ist, finden wir durch das Bürgerliche Gesetzbuch bestätigt. § 611 spricht nur von Leistung, nicht von Verschaffung von Diensten.

Es ist aber nur etwas Negatives, das wir dem Gesetz entnehmen konnten. Welches die „anderen Regeln" sind, nach denen gemäß den Motiven unser Vertrag zu beurteilen ist, sagt das Bürgerliche Gesetzbuch nicht.

Der 1. Entwurf kannte allerdings einen § 348 Abs. 2:

„Ein Vertrag über die Handlungen eines Dritten verpflichtet im Zweifel den Versprechenden, für den Erfolg seines Versprechens einzustehen".

Das Gesetz sollte also eine Auslegungsvorschrift enthalten, gemäß der der Dienstverschaffungsvertrag nicht nur zur Anwendung aller Bemühungen verpflichten sollte, durch welche der Arbeiter zur Leistung der Dienste bewogen werden könnte, sondern gemäß der im Zweifel auch eine Garantie für den Erfolg dieser Bemühungen als versprochen galt.[1])

In der 2. Lesung wurde dieser Absatz aber als überflüssig gestrichen, so daß das Bürgerliche Gesetzbuch uns keinerlei positive Vorschrift über den Dienstverschaffungsvertrag bietet.

Da das Gesetz versagt, müssen wir uns an die Literatur und Rechtsprechung wenden.

Wenn wir uns nach Schriftstellern unseres Gegenstandes umsehen, so sehen wir, daß wir jungfräulichen Boden vor uns haben, daß es keine Monographie oder zusammenfassende Abhandlung unseres Vertrages gibt; selbst wenn wir die Inhalts- und Schlag-

---

[1]) Ebenso code civil art. 112, nur daß hier ein Vertrag mit der schwächeren Wirkung als nichtig erklärt wird.

wörterverzeichnisse der Lehr- und Handbücher nachschlagen, finden wir unseren Vertrag nicht einmal dem Namen nach erwähnt, trotzdem der Name „Dienstverschaffungsvertrag" in den Entscheidungssammlungen schon lange als technischer Ausdruck gegeben ist.[1]) In SeuffArch. Bd. 51 S. 221 finden wir allerdings den Namen „Dienst**be**schaffungsvertrag". Trotzdem kann man die Bezeichnung „Dienst**ver**schaffungsvertrag" als eingebürgert ansprechen, denn die Stellen, an denen wir in der Literatur den Vertrag erwähnt finden, haben diesen Ausdruck aufgenommen.

Die großen Kommentare von Oertmann, Staudinger und Planck[2]) erwähnen unseren Vertrag mit diesem Namen, tun ihn aber mit wenigen Worten ab und meinen im wesentlichen, der Fall, daß jemand für fremde Dienste garantiere, sei ein Werkvertrag. Sie übersehen dabei vollkommen, daß der Verschaffer seinen Lohn nicht für seine Arbeitsleistung als solche erhält, sondern eben dafür, daß er ein Vermögensstück, die Verfügungsbefugnis über die Arbeitskraft eines anderen, seinem Vertragsgegner zum Gebrauch überläßt. Der Irrtum der Gegenansicht ist dadurch hervorgerufen, daß man für den Werkvertrag, um diesen von dem Dienstvertrag abzugrenzen, allzusehr den Erfolg in den Vordergrund geschoben hat. Daß der Erfolg aber nur dann für den Werkvertrag ausschlaggebend ist, wenn die Arbeit, die ihn hervorgebracht hat, das zu entgeltende Moment bildet, haben wir oben hinreichend auseinanderzusetzen versucht. Den Satz, daß Dienstverschaffung nur die entgeltliche Gebrauchsüberlassung eines Vermögensstückes ist, sehen wir als den Leitsatz der ganzen Arbeit an, mit ihm stehen und fallen alle anderen Ausführungen, und darum mag er immer von neuem betont werden.

Wie die Kommentare, so auch Endemann,[3]) der allerdings zwischen Dienst- und Werkvertrag schwankt, und den wir naturgemäß gleichermaßen ablehnen.

---

[1]) z. B. SeuffArch. Bd. 51 S. 222; OLG. Bd. 3 S. 22.

[2]) Bemerkungen zu den §§ 611, 631 BGB.

[3]) Bd. 1 § 179 Anm. 9.

Wir haben dann mit eigenen Ausführungen nur noch Dallberger[1]) und Wüstendörfer.[2])

Beide nähern sich unserem Standpunkt. Dallberger lehnt mit den Motiven den Dienstvertrag ab und spricht von dem „eigenartigen Vertragsgebilde" des Dienstverschaffungsvertrages.

Wüstendörfer[3]) meint zwar, daß oft die Momente eines Werkvertrages vorliegen, nennt aber das Dienstverschaffungsabkommen als solches einen Garantievertrag, den er mit selbständigen vertraglichen Wirkungen ausstattet, also in gewisser Hinsicht als Vertrag eigener Art behandelt, und dann vor allem, auch Wüstendörfer weist auf die Analogie zur Miete hin und hebt besonders hervor, daß de jure der Verschaffer der Dienstberechtigte, oder wie wir sagen, der Inhaber des Vermögensstückes bleibt, während der Empfänger de facto Dienstherr würde, also wie wir wieder sagen würden, nur den tatsächlichen Gebrauch erhalte.

So sehen wir unsere Mietstheorie in ihren Grundzügen schon von Wüstendörfer gegeben!

Erwähnt finden wir unsern Vertrag dann noch bei Mittelstein,[4]) der keine Beurteilung gibt, wohl aber eine Reihe von Entscheidungen angibt.

Sowohl die schon erwähnten Entscheidungen über den Impresariovertrag[5]) als auch die bei Mittelstein erwähnten, welche unser allererstes Beispiel, den Dampfervertrag, behandeln, behandeln den Dienstverschaffungsvertrag als völlig selbständiges Gebilde. Ja, die seerechtlichen Entscheidungen[6]) bezeichnen zum Teil im Anschluß an englisches Recht ihren qualifizierten Dienstverschaffungsvertrag ausdrücklich und mit besonderer Betonung als locatio conductio rei et operarum. Sie wenden bewußt den

---

[1]) S. 140.

[2]) S. 101 ff.

[3]) S. 102 u. 103.

[4]) S. 42.

[5]) vgl. S. 4.

[6]) RG. Bd. 25 Nr. 25, Bd. 56 Nr. 87, Bd. 69 Nr. 28, Bd. 71 Nr. 84, auch Bd. 48 Nr. 24; OLG. Hamburg in HansGZ. 1899 Nr. 79 Beibl., 1904 Nr. 8, 1906 Nr. 5 Hbl.; OLG. Bd. 12 S. 270.

römischen Ausdruck an und geben so nicht ein Angriffs-, sondern ein Verteidigungsmittel der größten Bedeutung für unsere Ansicht. Die römische locatio conductio operarum hatte ja mit der Sachmiete den gemeinsamen Oberbegriff, den unsere Sachmiete mit unserem Dienstvertrag nicht hat. Doch die Entscheidungen im einzelnen werden, soweit nötig, im nächsten Abschnitt, welcher die Rechtsfolgen unserer Mietstheorie im besonderen zeigen soll, herangezogen werden.

B. Die Regelung des Dienstverschaffungs-vertrages im einzelnen.

§ 6.

1. Wie gestaltet sich die Reederhaftung?

Bleiben wir, um die praktische Ausgestaltung unserer Theorie zu zeigen, bei dem zuletzt erwähnten Beispiel.

Es ist, da es in die seerechtlichen Verhältnisse eingreift, am verwickeltesten, so daß sich die einfacheren Beispiele leicht analog werden entscheiden lassen können.

Ein Reeder hatte einem anderen einen Schleppdampfer zwecks Ausführung von Transporten mit Mannschaft gegen Entgelt zur Verfügung gestellt.

Wohlgemerkt, es liegt weder ein Raumfrachtvertrag, insbesondere keine Zeitfracht, noch ein Ausrüstervertrag im Sinne des § 510 HGB. vor, sondern es werden „gleichzeitig mit der Vermietung des Schiffes auch die Dienste der Besatzung weitervermietet".[1] Oder, wie Mittelstein[2]) vorsichtiger sich ausdrückt, es liegt der Fall vor, daß das Schiff „gemietet", gleichzeitig aber die Besatzung von dem Vermieter dem anderen Teile „gestellt" wird. Die akzentuierte Hervorhebung der Worte „mieten" und „stellen" legt die Vermutung nahe, daß aber auch Mittelstein gefühlt hat, daß dieses Mieten und Stellen sich im Grunde durch nichts voneinander unterscheidet.

Wir haben also eine Mittelbildung zwischen Raumfrachtvertrag und Ausrüsterverhältnis, eine Zwischenstufe, die das Reichsgericht in einer Reihe von Entscheidungen anerkannt hat.[3]

---

1) Wüstendörfer a. a. O.

2) a. a. O.

3) RG. Bd. 56 S. 87, Bd. 48 S. 24, Bd. 69 S. 28, Bd. 71 S. 84, Bd. 82 S. 429.

3*

In den reichsgerichtlichen Fällen handelte es sich im wesentlichen um die Feststellung, daß das gewährte Entgelt nicht den Charakter einer Frachtvergütung habe. Auf weitere positive Feststellungen über die Rechtsfolgen der angenommenen „locatio navis et operarum magistri et nauticorum“ hat sich das Reichsgericht mangels praktischen Anlasses nicht eingelassen, hat aber [1]) selber erwähnt, daß derlei Verträge „in manchen Beziehungen zu Zweifeln und Bedenken Anlaß geben“.

Die wichtigste Frage ist hier die Frage, inwieweit hier eine Haftung des Reeders Platz greift, ob dieser insbesondere aus den Konnossementen, die der Schiffer gezeichnet hat, verhaftet wird, und damit im Zusammenhang stehend, ob das Schiff selber Haftungsobjekt ist.

Wenn wir bedenken, daß der Reeder im Falle der bloßen Sachmiete, des Ausrüsterverhältnisses des § 510 HGB. haftet, so gibt uns unsere Mietstheorie es uns von selber an die Hand, den § 510 auch in unserem Falle anzuwenden, denn wir haben ja betont, daß in allen Fällen die Vorschriften der Sachmiete, also auch die der seerechtlichen Sachmiete, analog anzuwenden sind, es sei denn, daß der Unterschied zwischen Sache und Arbeitskraft eine unterschiedliche Behandlung verlangt. Die Vorschrift des § 510 besteht aber nicht darum, weil es sich um eine Sache handelt, sondern darum, weil der Reeder sein Reederkapital ausnutzt. Weil er den wirtschaftlichen Nutzen des Reederkapitals zieht, soll er auch die Reederhaftung tragen. Zum Reederkapital im wirtschaftlichen Sinne gehört aber auch die Leitungsbefugnis über die in Frage stehende Arbeitskraft, folglich finden die Vorschriften des § 510 auch auf unseren Fall Anwendung.

Mit ähnlichen Gründen wie wir kommt zu demselben Ergebnis Wüstendörfer. Er betont mehrfach [2]) die Gleichheit der typischen Interessenlage unseres Falls und der typischen Verkehrslage des § 510. Er betont wie wir die „entgeltliche Überlassung von Schiffskapital an andere“, die „zeitweilige entgeltliche Ingebrauchnahme“.

---

[1]) RG. Bd. 69 S. 129.

[2]) HansGZ. Beilage v. 14. 5. 1908 S. 8 und ArchZivPrax. 1913 S. 269, auch Seefrachtvertrag: Nachträge S. XVI gegen S. 125 f.

Im Ergebnis ebenso wie wir, aber mit anderen, mehr äußeren Gründen Boyens,[1]) der sagt, im Falle des § 510 sei die Loslösung des Schiffes vom Reeder die denkbar größte, folglich müsse auch bei geringerer Loslösung § 510 angewandt werden. Es ist im Grunde derselbe Schluß a maiore ad minus, den auch wir gezogen haben.

Brodmann[2]) vertritt unsere Ansicht, weil das Schiff als solches der Mittelpunkt des ganzen Seerechts ist und die Gläubiger sich unter allen Umständen, wenn das Schiff tätig würde, an dieses müßten halten können.

Da § 510 eine Haftung des Reeders für Schiff und Fracht statuiert, so müssen wir noch kurz hervorheben, daß wir hier in erster Linie die Konnossementsfrachten des Charterers in Beziehung zum Schiffsgläubigerrecht setzen wollen.

Jedenfalls scheint eine analoge Anwendung des § 510 auf unseren Fall jetzt allgemein festzustehen; gerade unsere Mietstheorie scheint uns aber besonders geeignet, die allgemeine Ansicht zu bekräftigen.

Angemerkt mag noch werden, daß die Frachtfahrtunternehmung, d. i. die locatio conductio navis et operarum, eine generelle Arbeitsleitungsbefugnis des Charterers erfordert.

Klauseln, die nur in vereinzelten Beziehungen die Mannschaft der Willensmacht des Charterers unterstellen, wie die von Wüstendörfer S. 144 angeführten, genügen nicht.

2. Haftet der Unternehmer für Verschulden des Arbeiters?

Außer der eben erörterten spezifisch seerechtlichen Haftungsfrage drängt sich uns noch eine andere Haftungsfrage allgemeiner Natur, die jeden Dienstverschaffungsvertrag angeht, auf, ob und wie der Unternehmer dem Arbeitsempfänger gegenüber für das Verschulden des Arbeiters haftet.

Nach Wüstendörfer entspricht es nicht dem Sinn des Gesetzes,[3]) die Arbeiter als Erfüllungsgehilfen im Sinn des § 278 BGB.

---

[1]) Boyens in ZHR. Bd. 58 S. 335.

[2]) Brodmann in ZHR Bd. 77 S. 1 ff.

[3]) a. a. O. S. 157.

anzusehen.[1]) Auch das Oberlandesgericht Hamburg[2]) verneint aus demselben Grunde die Anwendung des § 278. Das Reichsgericht hat die Frage in seinem 56. Bande,[3]) ohne sie zu entscheiden, für sehr zweifelhaft erklärt und hat dann im 82. Bande[4]) seine Feststellungen dahin erweitert, „daß der Unternehmer nicht für Nachlässigkeit des überlassenen Schiffers — oder allgemein ausgedrückt Arbeiters — bei Leistung der versprochenen Dienste einzustehen habe“. Nur dann, wenn eine besondere Gewähr übernommen sei, wenn ein Garantieversprechen vorliege, hafte der Unternehmer. Ebenso Wüstendörfer, der den Unternehmer auch nur aus seinem Garantieversprechen haftbar machen will. In bezug auf die rechtliche Behandlung des Garantieversprechens können wir auf unsere Ausführungen auf S. 21 zurückgreifen und können demgemäß, indem wir den Grad der Haftung mangels anderer vertraglicher Abreden auf Vorsatz und Fahrlässigkeit festsetzen, mit Enneccerus die Rechtsfolgen der Haftung den Vorschriften der Mietsregeln unterstellen, mit anderen Worten dem Empfänger bei Verschulden des Arbeiters alle Rechte geben, welche bei schuldhafter Verletzung des Mietsvertrages durch den Vermieter gegeben wären.[5])

Dallbergers[6]) Argumentation, daß die Arbeiter nicht in ihrer eigenen Verbindlichkeitserfüllung arbeiteten und deshalb in der Erfüllung der Verbindlichkeit des Unternehmers tätig seien, daß deshalb § 278 BGB. zur Anwendung kommen müsse, können wir schon deshalb nicht anerkennen, weil die Arbeiter ja gerade dadurch, daß sie die Arbeit leisten, ihren Dienstverpflichtungsvertrag gegen den Unternehmer erfüllen.

---

[1]) Auch nach Oertmann (Verträge auf Handlungen dritter Personen S. 19) würden wir zu diesem Ergebnis kommen. Der Unternehmer hat eben nicht eigene Leitung versprochen.

[2]) OLG. Bd. 3 S. 22.

[3]) Bd. 56 S. 362.

[4]) Bd. 82 S. 429.

[5]) BGB. §§ 537 ff.

[6]) S. 142.

3. Haftet der Empfänger für Verschulden der Arbeiter?

Wie wir eben die Haftung des Unternehmers für Verschulden des Arbeiters erörterten, müssen wir nun auch umgekehrt die Haftung des Empfängers für Verschulden des Arbeiters erwägen.

Nehmen wir als Beispiel den Fall der schlechten Bewachung der mitvermieteten Schute durch den mitvermieteten Schutenführer.[1])

Der Mieter muß die gemietete Sache nach beendetem Mietsverhältnis dem Vermieter in ordnungsmäßigem Zustande zurückgeben.

Tut er dies nicht, so trifft ihn nach allgemeinem Vertragsrecht die Beweislast, daß er die Nichtrückgabe nicht zu vertreten hat. Er muß also in unserem Falle nachweisen, daß er die Schute ordnungsmäßig bewacht hat. Wenn aber nicht er, sondern der Arbeiter die Schute zu bewachen hatte, so kommt es darauf an, ob diese Bewachung zu den im Dienstverschaffungsvertrag festgestellten Pflichten des Arbeiters gehört oder nicht. Im ersten Fall braucht er nicht für das Verschulden des Arbeiters einzustehen, denn dann hätte der Unternehmer, wenigstens soweit eine Garantieübernahme vorlag, selber für den Arbeiter einzustehen. Im zweiten Falle aber und soweit kein Garantieversprechen vorliegt, ist der Arbeiter eben nur Erfüllungsgehilfe des Empfängers und der Empfänger haftet für ihn. Immer vorausgesetzt, daß sich nicht aus den ausdrücklichen oder stillschweigenden Vertragsbedingungen etwas anderes ergibt. In den meisten Fällen wird nämlich eine zum mindesten dahin gehende Garantie des Unternehmers, daß der Empfänger ihm nicht haften sollte, angenommen werden können, da ja der Empfänger sich bei der Auswahl des Arbeiters regelmäßig auf den Unternehmer verlassen muß, so daß wir, ohne eine einheitliche Entscheidung geben zu können,[2]) in den meisten Fällen zu einer Verneinung der Haftung des Empfängers kommen werden. In manchen Fällen wird allerdings der Empfänger auch seinerseits dem Vertrage nach die Pflicht haben, die Dienste des Arbeiters

---

[1]) OLG. Hamburg i. S. M. kontra H. L. v. 7. 6. 1909 (287/08 I).

[2]) OLG. Hamburg a. a. O.

zu beaufsichtigen. Solcherweise würde der Empfänger haften, wenn das Verschulden des Arbeiters bei genügender Aufsicht hätte verhindert werden können.

4. Doppelstellung des Arbeiters, insbesondere Kollision zwischen den Anweisungen des Unternehmers und des Empfängers, und Regelung des Besitzverhältnisses.

Die Doppelstellung des Arbeiters zu dem Unternehmer einerseits und dem Empfänger andererseits tritt auch noch sonst hervor.

Im Verhältnis des Arbeiters zum Unternehmer kommt in erster Linie das Moment der Arbeit an sich zur vollen Geltung. Hier haben wir den richtigen Arbeitsvertrag, aber das ist und bleibt eben Innenverhältnis zwischen Unternehmer und Arbeiter. Wir haben keine Zession des Anspruches aus dem Arbeitsvertrage auf den Empfänger, sondern die Arbeiter sind aus dem Arbeitsvertrage dem Unternehmer verpflichtet, ihre Arbeit an den Empfänger zu leisten, sei es auf Grund besonderer Vereinbarungen wie gewöhnlich oder auf Grund anderer Bestimmungen, etwa einer analogen Erweiterung des § 74 Abs. 2 SeemO. Gläubiger der Arbeiter ist nur der Unternehmer. Gewisse Gläubigerpflichten übernimmt aber teilweise der Empfänger, so die Sorge für die Gesundheit — event. Wohnung, Verpflegung — der Arbeiter. Die Aufwendungen, die der Empfänger statt des Unternehmers aufwendet, werden regelmäßig als Teil des Entgelts verrechnet werden und je nach dem Einzelfall und den Vertragsbestimmungen größeren oder kleineren Umfang haben. Sie werden sich meistens direkt auf die Person des Arbeiters beziehen; so hat z. B. das große Hamburger Autoinstitut der Hedag die Geschäftsbedingung, daß diejenigen, die Wagen mit Chauffeur auf längere Zeit mieten, dem Chauffeur die Uniform halten müssen.

Wir können immerhin als Satz aufstellen, daß der besondere Charakter unseres Dienstverschaffungsvertrages da zum Vorschein kommt, wo das persönliche Arbeitsmoment auch tatsächlich im Verhältnis zum Empfänger in die Erscheinung tritt. Hier zeigt sich der Unterschied zur Sachmiete, daß nämlich letzten Endes persönliche Arbeit in Frage steht. Das ist dann aber ein mehr

tatsächliches Moment. Rechtlich steht nur die Energie als solche in Frage. So ist in ähnlicher Weise für die elektrische Energie eine Art Miete angenommen.[1]) Da die menschliche Kraft ja aber nicht von ihrem Träger losgelöst werden kann, verstehen wir eben unter Gebrauchsüberlassung die Überlassung der generellen Leitungsbefugnis. Wie ist es nun aber, wenn der Mieter sich in Ausübung dieser Befugnis in Widerspruch mit dem allgemeinen Dienstanweisungsbefehl des Unternehmers setzt, wenn der Mieter dem Kapitän, dessen Dienste der Unternehmer ihm verschafft hat, die Aufnahme z. B. von nicht vertragsmäßiger Ladung, etwa Kriegskonterbande, oder die Ausdehnung der Schiffsreisen über die vertraglich vorgeschriebenen Grenzen hinaus ansinnt? Wir haben die Lösung dieser Frage schon gefunden, als wir soeben betonten: „Gläubiger des Arbeiters ist nur der Unternehmer". „Es besteht kein vertragliches Dienstverhältnis zwischen Kapitän und Charterer, sondern nur eins zwischen Kapitän und Reeder, und wenn der letztere seine Anweisung, dem Charterer zu gehorchen, widerruft, hat der Kapitän sich diesem Widerruf zu fügen. Auch darf und muß er einer vertragswidrigen Verwendung des Schiffes durch den Charterer entgegentreten." So sagt Wüstendörfer[2]) mit Recht, denn der Vertrag zwischen Unternehmer und Arbeiter, also in unserem Beispiel zwischen Kapitän und Reeder, bildet ja jede Grundlage der Arbeit des Arbeiters; ohne den Vertrag wäre der Arbeiter überhaupt zu keiner Arbeit verpflichtet, und nur soweit der Unternehmer auf Grund dieses Vertrages ihn anweist, muß und darf er arbeiten. Die Leitungsbefugnis des Mieters ist eben nur ein Ausfluß aus diesem Vertrage! Sie muß als solche inhaltlich mit demselben übereinstimmen. Bei Kollisionen zwischen Unternehmer und Mieter geht also der Unternehmer vor. Wenn nun so der Arbeiter auch nur Angestellter des Unternehmers ist, so müssen wir uns doch stets vergegenwärtigen, daß innerhalb des Vertrages der Arbeiter an sich der generellen Leitungsbefugnis des Mieters tatsächlich unterstellt ist, und daß die tatsächlichen Beziehungen, die so ent-

---

[1]) Pfleghart S. 283.

[2]) HansGZ. a. a. O.

stehen, auch rechtlich berücksichtigt werden müssen. Wenn der Arbeiter den Weisungen des Mieters folgen muß und insbesondere mit der Sache tun muß, was dieser will, so liegt nämlich unzweifelhaft der Fall des § 855 BGB. vor, und wir müssen den Arbeiter, trotzdem er Angestellter des Unternehmers ist, als Besitzdiener des Mieters ansehen. § 855 erfordert nicht ein Rechtsverhältnis unmittelbar zwischen Arbeiter und Mieter,[1] sondern läßt gerade ein tatsächliches Verhältnis genügen, und der Umstand, daß sich der Mieter hinsichtlich der Sachzuwendung gewissen vertraglichen Beschränkungen unterworfen hat, kann begrifflich nichts ausmachen, diese Beschränkung trifft nur den Umfang, nicht das Wesen der Leitungsbefugnis. So ist auch die Regelung der Besitzverhältnisse — der Unternehmer ist natürlich mittelbarer Besitzer — ein Beweis für die Richtigkeit unserer Mietstheorie, denn Gebrauchsüberlassung ohne Besitzüberlassung ist ein Unding. „Der Charterer — d. i. allgemein der Mieter —, der ein Schiff mietet, um es für seine Erwerbszwecke zu benutzen, bedarf der tatsächlichen Gewalt darüber.“[2]) Wir wären also auch ohne die dargelegten Ausführungen schon aus der einfachen Erwägung, daß es sich um eine Miete handelt, zu dem gleichen Ergebnis gekommen.

5. Welchen Einfluß hat der Irrtum?

Da der Empfänger nur mit dem Unternehmer den Vertrag schließt, kann weiter die Frage zweifelhaft sein, ob eine Irrtumsanfechtung gegeben ist, wenn der Empfänger sich über verkehrswesentliche Eigenschaften des Unternehmers bezw. des Arbeiters irrt.

Irrtum über die Person des Unternehmers wird, sofern der Irrtum wirklich verkehrswesentlich ist, da es sich um einen Irrtum über die Person des Vertragsgegners handelt,[3]) eine Anfechtung begründen. Zweifelhaft kann der Irrtum über die Person des Arbeiters sein. Die Person als solche ist ja nicht Gegenstand des Vertrages. Man wird aber in Erinnerung an die Mietsanalogie eine Analogie zum Irrtum über verkehrswesentliche Sacheigen-

[1]) Wüstendörfer a. a. O. S. 7 und u. a. nur Staudinger zu § 855.

[2]) Wüstendörfer S. 94.

[3]) Oertmann, Staudinger zu § 119.

schaften konstruieren können, wie überhaupt der § 119 Abs. 2 BGB. durch analoge Anwendung des häufigeren erweitert ist.[1]) Regelmäßig wird es dem Empfänger bei Vertragsschluß in erster Linie auf die Person des Unternehmers ankommen. Auf seinen Ruf und seine Leistungsfähigkeit wird er vor allem Rücksicht nehmen.

6. Kündigung, Unterverträge usw.

Im übrigen brauchen wir auf alle einzelnen Möglichkeiten, die sich aus dem Vertrage ergeben können, nicht einzugehen.

Es genügt, daß wir allüberall, so z. B. für die Kündigung, Unterverträge, Rechte bei Vertragsverletzung [2]) usw. auf die Mietsanalogie hinweisen.

Gerade bei der Kündigung und den Unterverträgen zeigt sich die Richtigkeit unserer Theorie wieder von neuem. Ist es denn vom wirtschaftlichen Gesichtspunkte aus nicht das einzig Mögliche, daß Sache und Betriebskraft der Sache gleich behandelt werden, und warum sollen denn die reinen Dienstverschaffungsverträge anders behandelt werden! Wo sollten wir sonst einen festen Kündigungsmaßstab hernehmen! Es entspricht doch sicher dem wirtschaftlichen Bedürfnis, daß irgendwelche festen Kündigungsfristen gegeben sind. Die Regeln des Dienstvertrages können nicht herangezogen werden, denn darin ist man sich ja eben einig, daß der Dienstverschaffungsvertrag mit dem Dienstvertrag nichts zu tun hat. Irgendwelche Handelsbräuche haben sich aber bisher noch für keinen Fall der verschiedenartigen Verträge ermitteln lassen, gerade darum eben wohl, weil fast jeder Fall im einzelnen von dem anderen abweicht.

---

[1]) Oertmann a. a. O.

[2]) So ist der Mieter analog § 537 BGB. event. von der Verpflichtung zur Zahlung des Entgeltes befreit, nach § 538 event. zum Schadensersatz berechtigt, während nach Werkvertragsregeln etwa z. B. nur dann Schadensersatz in Frage kommt, wenn der Unternehmer den Schaden zu vertreten hat (§ 635).

Robert Noske, Borna-Leipzig, Großbetrieb für Dissertationsdruck.